الطـــلاق ودور القضاء فيه
دراســة فقهية تحليلية

دكتور / أحمد عبد العزيز عرابى
مدرس الفقه العام بالكلية

مقـــــدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على من أرسله الله رحمـــة وهداية للعالمين ، وعلى آله وأصحابه وأتباعه ومن تبعهم باحسان الى يوم الدين .. وبعـــد ..

فيثير الحاقدون على نظام الأسرة المسلمة ووحدتها وتماسك أعضائها ، وترابط وتناسق القواعد والحقوق والواجبات المتبادلة بين أفرادها « قضية الطلاق » . فيصور لهم الوهم أن نسبة الطلاق فى البلدان الاسلامية تزيد زيادة مطردة ، وأن المشردين فى الشوارع هم من آثار هذا النظام الرجعي القديم .. وسرعان ما يقدمون العلاج لهذا المرض الخطير فى تصورهم ، فلا يخطر ببالهم الا رفع أصواتهم بالمطالبة بالحجر على ارادة الزوجين بالطلاق ، والزامهما بالمعيشة المشتركة ، ومنع التفريق بينهما مهما بلغت الظروف والأحـــوال .. غير أن هذا الصوت الذى كان يطالب بالغاء نظام الطلاق قد خفت الى الأبد بعد أن أصبح الطلاق نظاما عاما فى معظم دول العالم ، ولهذا فقد لجأ هذا الصوت الى المطالبة بنقل حق الزوجين فى الطلاق من ارادتهما الحرة . المقيدة بالضمير والوجدان والمصلحة والدوافع النفسية والأسباب العائلية — الى ارادة القاضي المطلقة فيجيز حالة ويمنع أخرى ، ويصبح الطـــلاق رهن ارادته ومشيئته ، وقوة الحجة التى يقدمها المحامى الأقوى لأحد الزوجين .

وكما خطأ هؤلاء فى المرة الأولى ، وخفتت أصواتهم وتلاشت حججهم ، أخطأوا أيضا فى المرة الثانية وسكتت أبواقهم أمام الواقع العملى لمشكلات الأسرة التى يواجهها الفرد فى كل يوم ولدى كل دولة ، لأنه اذا كان الزواج ضرورة اجتماعية لبقاء النوع الانسانى واستمرار وجوده ، فان الطلاق — الذى هو أبغض الحلال الى الله — ضرورة اجتماعية أيضا ، لما قد يطرأ على رابطة الزوجية ما يهدد كيانها ، ويفقدها أسمى معانيها .

ولقد أشرت من بين ما اشرت اليه من هذا البحث المتواضع الى مساوىء نظام عدم الطلاق ، وانه لم يعد له وجود لدى أى تشريع من التشريعات الرسمية فى معظم دول العالم ، كما بينت المآخذ على نظام حصر الطلاق بين القاضى ، وما ينشأ عن الأخذ بهذا النظام من استهتار كامل فى نظام الاسرة المسلمة ، من نقل هذا النظام للفرقة من ارادة الزوج أو الزوجة الى ارادة القاضى أو المحامى ، ولا شك أن شعور أحد الزوجين بمسئولية التفريق الزوجى أشد من مسئولية غيره مهما كان موقفه .

ولما كانت موضوعات الطلاق فى الاسلام كثيرة ومتشعبة ، فقد آثرت أن اكتفى بموضوع واحد منها وهو « الطلاق بحكم القاضى » . وذلك لأهمية هذا الموضوع ، وبعد اثره بين الأسر والجماعة . فنقسمه الى ستة مباحث :

المبحث الأول : التعريف بالطلاق فى اللغة والاصطلاح .

المبحث الثانى : التفريق بين الزوجين بسبب العيوب والأمراض .

المبحث الثالث : التفريق بسبب عدم الانفاق .

المبحث الرابع : التفريق بسبب الشقاق والضرر .

المبحث الخامس : التفريق بسبب غياب الزوج .

المبحث السادس : التفريق بسبب سجن الزوج .

وبعون الله تعالى وتوفيقه سوف نقوم بتوضيح أحكام هذه الحالات ، وما ذكره الفقهاء من شروط للتفريق بين الزوجين بالترتيب المذكور .

المبحث الأول

تعريف الطلاق فى اللغة والاصطلاح

الطـــلاق فى اللغـــة :

هو مثل الاطلاق فى المعنى ، وكل منهما يطلق على رفع القيد مطلقا ، سواء أكان هذا القيد حسيا أم كان معنويا ، فتقول : اطلقت البعير من عقاله ، واطلقت الأسير والسجين ، وتقول أيضا : أطلقت لك المرأى ، بمعنى أنك ابحت له أن يبدى ما شاء من الآراء ، وقالوا : ناقة طالق . يريدون أنهـــا مرسلة بلا قيـــد .

وقد اختلف علماء اللغة فى لفظ الطلاق ، فقال قوم : هو اسم مصـــدر فعله طلق — بالتشديد — ونظيره عند هؤلاء : سلم تسليما ، وسرح سراحا ، وقال قوم آخرون : هو مصدر طلق — بفتح اللام على الأشهر ، وبضمها قليلا مخففة ، وانكره الأخفش . ونظيره عند هؤلاء . فســـد فسادا ، وصـــلح صـــلاحا (١) .

وقد غلب العرف الشرعى فى الاستعمال على أن لفظ الطلاق يستعمل فى رفع القيد المعنوى ، ولفظ الاطلاق يستعمل فى رفع القيد الحسى ، فالغالب أن يقال : اطلقت السجين فهو مطلق — بفتح اللام مخففة — واطلقت البعـــير فهو مطلق — بفتح اللام مخففة فى الجميع — والغالب أن يقال : طلق الرجل امرأته — بالتشديد — فهو طالق ، ويندر أن يقال : سجين طالق ، كما يندر أن يقال : امراة مطلقة — بفتح اللام مخففة — بمعنى طلقها زوجها ، ومن أجل ذلك اعتبر علماء الشريعة قول الرجل لزوجته : انت مطلقة . من باب كتابات الطـــلاق (٢) .

---

(١) مختار الصحاح ، لمحمد بن أبى بكر بن عبد القـــادر الرازى — ص ١٦٦ .

— والمصباح المنير ، للعلامة أحمد بن محمد بن على المقرى الفيـــومى (ت ٥٧٠) ص ٥٧٤ .

(٢) مختار الصحاح لمحمد بن أبى بكر الرازى — ص ١٦٦ .

— والفقه على المذاهب الأربعة — تأليف عبد الرحمن الجزيرى ج ٤ ص ٢٧٨ .

الطـــلاق شرعا :

أما تعريف الطلاق فى اصطلاح الفقهاء فانه يختلف باختلاف وجهة نظرهم لا من حيث مضمونه وهدفه ، بل من حيث زيادة ألفاظ التعريف وقلتها واحتواء التعريف على المعنى المراد .

فقد عرف بعض فقهاء الشافعية الطلاق بأنه : « تصرف مملوك للزوج يحدثه بلا سبب فيقطع النكاح » . وعرفه بعض آخر منهم فقال : هو حل عقد النكاح بلفظ الطلاق « ونحوه » (٣) .

وعرف الحنفية الطلاق بقولهم : « هو رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص » أو هو « عبارة عن حكم شرعى يدفع قيد النكاح » (٤) .

والطلاق عند الحنابلة : « هو حل قيد النكاح » . فقولهم « حل » فى التعريف يشمل المعنى اللغوى والمعنى الاصطلاحى ، وقولهم : « قيد النكاح » . هو تعبير بالأثر الناتج عن قيد النكاح بأنه قيد يزيله النكاح ، ويخرج ما عـــدا قيد النكاح من الرجوع فى عقود التبرعات (٥) .

كما عرفه المالكية فى كتبهم : « بأنه صفة حكمية ترفع حلية تمتع الزوج بزوجته ، بحيث لو تكررت منه مرتين حرمت عليه قبل التزوج بغيره » (٦) .

مقارنة بين التعريفات :

ويلاحظ أن تعريف المالكية المذكور لا يتنافى مع تعريفه عند الحنفيـــة والحنابلة المذكور آنفا ، لأنه لا خلاف بين المالكية وبينهم الا فى أن الرجعـــة بالوطء لا تتحقق الا بالنية عند المالكية دون الحنفية والحنابلة ، أما الطـــلاق الرجعى فانه لا يدفع عقد النكاح بلا خلاف . والمقصود بالصفة عند المالكية

---

(٣) مغنى المحتاج — للشيخ محمد الخطيب الشربينى — ج ٣ ص ٢٧٩ .
— والفقه على المذاهب الأربعة ، لعبد الرحمن الجزيرى ج ٤ ص ٢٧٩ .

(٤) شرح فتح القدير ، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام الحنفى (ت ٨٦١) ج ٣ ص ٤٧٣ .

(٥) المغنى ، لشيخ الاسلام ابن قدامة المقدس (ت ٦٣٠) ج ٧ ص ٩١ .

(٦) الفواكه الدوانى شرح أحمد بن غنيم بن سالم المالكى على رسالة أبى محمد عبد الله بن أبى زيد عبد الرحمن القيروانى . ج ٢ ص ٥٢ . طبع الحلبى .

الحدث القائم ، وهو مدلول التطليق ، لأنه قائم بالفاعل ووصف له ، ومعنى « حكمية » . أى غير وجودية . بل صفة اعتبارية . لأن الحدث أمر اعتبارى ، والتطليق : الذى هو حل قيد النكاح أمر معنوى يحتاج الى لفظ يدل عليه ، فلهذا زاد الحنفية والحنابلة فى تعريفهم : « بلفظ مخصـــوص » . أما قول المالكية : « بحيث لو تكررت منه مرتين حرمت عليه » . يستلزم سبق واحدة ، وقد صرح بمرتين . وهذا القيد هو كقيد الحنفية والحنابلة . أو نتصان حله — لأن الغرض من القيدين ادخال الطلاق الرجعى ، فانه لا يرفع حل النكاح(٧) .

دليل مشروعية الطـــلاق :

ودليل مشروعية الطلاق هو الكتاب والسنة والاجماع والعقل .

أما الكتاب فآيات كثيرة . منها قوله تعالى : (الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان) (٨) . ومنها قوله عز وجل : (يا أيها النبى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) (٩) . ومنها قوله سبحانه : (ولا جنـــاح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن) (١٠) .

وأما من السنة فأحاديث كثيرة أيضا : منها ما رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه من حديث عمر بن الخطاب أن رســـول الله ﷺ طلق حفصة ثم راجعها (١١) . ومنها ما رواه البخارى ومسلم والترمذى عن ابن عمر قال : كانت تحتى امرأة أحبها ، وكان أبى يكرهها ، فأمرنى أن اطلقها ، فأبيت ، فذكر ذلك للنبى ﷺ فقال : « يا عبد الله بن عمر : طلق زوجتك » (١٢) .

وأما الاجماع : فان علماء هذه الأمة ، ابتداء من الصدر الأول وحتى

---

(٧) الفقه على المذاهب الأربعة ، لعبد الرحمن الجزيرى ، جـ ٤ ص ٢٧٩ . كتاب الطلاق ، دار احياء التراث العربى . بيروت . لبنان .

(٨) سورة البقرة . آية : ٢٢٩ .

(٩) سورة الطلاق . آية : ١ .

(١٠) سورة البقرة . آية : ٢٣٦ .

(١١) رواه أبو داود فى سننه — الامام سليمان بن الاشعث السجستانى (ت ٢٧٥) — كتاب الطلاق ، الباب الثامن والعشرون .

(١٢) المسند — للامام أحمد بن حنبل الشيبانى (ت ٢٤١) — جـ ٢ ، ص ٤٢ ، ٥٢ .

يومنا هذا مجمعون على جواز تطليق الرجل زوجته ، كما يقع فى كل يوم حوادث من هذا القبيل ولم نجد من بينهم من أنكره .

وأما العقل ، فلأن الرجل قد يجد فى أخلاق زوجته ما لا يستطيع معه أن يعاشرها ، فلو لم تبح الشريعة له مفارقتها لنكد عيشهما جميعا ، ولا استحال على كل واحد منهما ان يقوم بواجبات الزوجية ، بل قد يدعو ذلك كل واحد منهما الى الفساد واتخاذ الأخذان ، فاتقاءا لهذه الشرور ، وصونا لنظام العائلة أباحت الشريعة السمحة للزوج أن يطلق زوجته ، كما اباحت للزوجة اذا أرادت الطلاق من زوجها أن تطلب اليه ذلك ، حتى وان أعطته شيئا من المال تفتدى نفسها به ، كما أباحت الشريعة للزوجة أيضا أن ترفع أمرها الى القاضى تطلب اليه طلاقها ، وعلى القاضى أن يجيبها ان رأى هو ما يستوجبه (١٣) .

هذا ، ومع أن شريعة الله سبحانه قد اباحت ذلك للزوج وأباحته أيضا للزوجة ، الا أنها نفرت منه ، وجعلته أبغض الحلال الى الله عز وجل .

فقد روى أبو داود وابن ماجة عن عبد الله بن عمر — رضى الله عنهما — أن النبى ﷺ قال : أبغض الحلال الى الله عز وجل الطلاق . وفى رواية : « ليس شىء من الحلال أبغض الى الله من الطلاق » (١٤) .

وروى البخارى ومسلم عن ثوبان قال : قال رسول الله ﷺ : أيما امرأة سألت زوجها الطلاق فى غير ما بأس فحرام عليها رائحة الجنة » (١٥) .

كما أمر النبى ﷺ بعلاج الزوجة أن يكن الداعى الى مفارقتها مما يمكن علاجه ، وذلك فى حديث رواه أحمد وأبو داود عن لقيط بن أبى صبرة قال : قلت : يارسول الله : ان لى امرأة ، فذكر من بذائها . قال : طلقها .

---

(١٣) الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية : تأليف محمد محى الدين عبد الحميد ص ٢٥٣ .

(١٤) سنن ابن ماجة — للامام ابن ماجة (٢٧٠) جـ ١ ص ٣٨١ .

(١٥) المسند — للامام أحمد بن حنبل ، جـ ٥ ص ٢٧٧ ، ٢٨٣ .

— وسنن الدارمى — كتاب الطلاق — الباب السادس .

— وسبل السلام بلوغ المرام — للعلامة الصنعانى (ت ١١٨٢) جـ ٣ ص ١٣٥ .

« قلت : ان لى صحبة وولدا ، قال : مرها ، فان يكن فيها خير ستفعل ، ولا تضرب ظعينتك ضربك أمتك » (١٦) .

من له حق توجيه الطلاق :

هذا ومع ان الطلاق هو أبغض الحلال الى الله تعالى ، الا انه امر لابد من تشريعه ، مخرجا من الضيق ، وفرجا من الشدة ، فى زوجية لم تحقق ما أراد الله سبحانه من شرع الزواج ، لكن من الذى يملكه ، ايملكه الزوج وحده أم يملكه الزوجان معا ، أم يملكه القاضى وحده وليس واحدا منهمـــا .

ومن يستعرض النصوص الواردة خاصة فى الطلاق ، يجد انها تدل دلالة واضحة عـــلى أن الطلاق هو من حق الزوج وحده ، وليس من حق الزوجة ، ولا من حق القاضى ، ولا من حق غيرهما .

ومن هذه النصول قول الله تعالى : « لاجناح عليكم ان طلقتم النساء (١٧) وما روى عن الرسول ﷺ انه قال : « انما الطلاق لمن اخذ بالسباق (١٨) . ـــ اى الزوج ـــ الى غير ذلك من النصوص المتعددة التى تدل دلالة واضحة على أن الطلاق بيد الزوج وحده ، وليس بيد غيره أيا كان ذلك الغير . وذلك لاعتبارين هامين هما :

الاعتبار الأول :

هو أن المراة بحكم وظيفتها فى الحياة قد خلقت على طبائع وغرائز تجعلها اشد تأثرا وأسرع انقيادا لحكم العاطفة من الرجـــل ، فانها اذا ما غضبت لا تبالى فى ثورة غضبها بالآثار التى قد تنجم عنها ، ولو جعل الطلاق بيدها لحكمت عاطفتها ولأسرعت الى قطع رابطة الزوجية لأتفه الأسباب وأقل المنازعات التى قد لا تخلو منها أسرة واحدة ، وبذلك تصبح الأسر عرضة للضياع مع ادنى نزوة عايدة ، وأوهى انفعال طارىء ، وان

---

(١٦) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبا ر من أحاديث سيد الأخيار ـــ للامام الشوكانى (ت ١٢٥) ج ٦ ص ٢٤٧ .
(١٧) سورة البقرة آية ٢٣٦ .
(١٨) نيل الأوطار ـــ لمحمد بن على الشوكانى ـــ ج ٦ ص ٣٣٨ .

كنا مع ذلك لا ننكر أن من الرجال من هو اشد تأثرا وأسرع انفعالا من النساء ، وان من هن ذوات عقل وقدرة على ضبط النفس وكبح جماعها عند الغضب ، الا أن هذا ليس هو الشأن ، وليس هو الكثير ، والتشريع انما يبنى على الغالب والأعم (١٩) .

الاعتبار الثـانى :

هو أن الطلاق تترتب عليه تبعات مالية يلزم بها الأزواج كمـؤجل الصداق ، ونفقة العدة والمتعة ، ويضيع على الزوج ما دفعه من مهر ، وما قدمه من مال فى سبيل اتمام الزواج ، ويحتاج الى بذل مال جديد لاتمام زوجية ثانية ، ولا شك ان كل هذه التكاليف تدعوه الى الحرص على بقاء الزوجية ، ولا يتقدم على الطلاق الا اذا رأى أنه أمر لابد منه .

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للمرأة ، حيث لا يصيبها من تبعـات الطلاق المالية شيء يحملها على التروى والتفكير فيه قبل ايقاعه ، ومن الخير للعلاقة الزوجية أن تكون فى يد من هو أحرص عليها ، يضاف الى ذلك أن المـرأة حينما تعقد مع الزوج عقد الزواج وفقا للشريعة الاسلامية ، فانها تقبل بذلك أن يتولى وحدة شئون الطلاق فى الحدود التى قررتها هذه الشريعة فحينما يمارس الزوج الطلاق وحده فانما يمارسه بناء على رضا الزوجة الذى يتضمنه عقد الزواج (٢٠) .

---

(١٩) الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية للشيخ محمد محى الدين عبد الحميد ص ٢٥٠ وما بعدها .
— والأحوال الشخصية للاسـرة الاســلامية — للدكتور زكى الدين شـعبان ص .
— والأحوال الشخصية ، للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة . ص . ٣٣٥ وما بعدها .
— ونظام الأسرة فى الشريعة الاسلامية للدكتور . محمد محجوب ص ٣٤١ وما بعدها .
(٢٠) الأحكام الشرعية للأسـرة السلامية — للدكتور زكى الدين شـعبان ص ٣٧٤ .
— ونظام الاسرة فى الشريعة الاسلامية — للدكتور محمد المحجوب ص ٣٤١ ، وما بعدها .

المطالبة بجعل الطلاق بيد القاضى :

ومع ذلك فاننا نجد دعوات بأن يكون الطلاق برمته بيد القاضى ، ولا يملك الرجل ان يستأثر بهذا الحق ، ولا يكون للزوجين أن يتراضيا على الطلاق فيما بينهما ، بل لابد من رفع الأمر الى القضاء ، فاذا ما اقتنعت المحكمة بوجاهة الأسباب التى تدعو الى الطلاق أوقعه القاضى مثلما تجرى عليه القوانين الفرنسية ، وبذلك نسوى بين الرجل والمرأة فى الطلاق ، ونضمن استقرار الأسرة وعدم اساءة الرجل استعمال هذا الحق ، لأن القاضى ناظر غير متحيز فهو ينظر فيما يقدم له من أسباب ، فان كانت تصلح سببا للفرقة حكم بها ، وان كانت غير ذلك لا يحكم بالتفريق ، لأن العقد الذى ينشىء حقوقا لازمة لا تبطله الآرادة المنفردة ، ولأنه لو جعل الطلاق بيد أحدهما لا نقصم العقد بثورة غضب عارضة ، فاذا ما جاء الندم كان فى غير وقته (٢١) .

رأينا فى جعل الطلاق بيد القاضى :

ونحن نعتقد أن الذين يطالبون بجعل الطلاق بيد القاضى فى جميع الحالات هم مخطئون ، وذلك للأسباب الآتية :

أولا : أن النصوص الشرعية الثابتة التى لا تقبل التأويل والتى تقدم ذكر بعضها ، قد بينت أن اعطاء الزوج حق الطلاق بحيث لا يملك أحد ايقاعه سواء الا بتوكيل منه ، أو بتفويض ، هو وضع الهى وتشريع سماوى ، ولا يجوز للقاضى أن يتدخل فى التفريق بين الزوجين الا اذا فات الامساك بالمعروف ، وامتنع الزوج عن التسريح باحسان ، فحينئذ يقوم القاضى بالتفريق بينهما دفعا للظلم عن الزوجة ، فسلب الأزواج الحق فى جميع الحالات أمر مخالف لشرع الله سبحانه ، وهو غير جائز شرعا .

---

(٢١) التكافل الاجتماعى فى الاسلام — للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ص ٩٢ .

— ونظام الأسرة فى الشريعة الاسلامية . للدكتور محمد محجوب . ص ٣٤٤ .

ثانيــا : أن المطالبة بجعل الطلاق بيد القاضى هو فى حقيقة الأمر حكم على الرجال جميعا بأنهم سفهاء ، لافرق فى ذلك بين مثقف وجاهل ، أو بين سفيه وعاقل ، فجميع الرجال فى نظر هؤلاء لا يحسنون التصرف ، ولا يوثق بهم فى شىء عظيم من شئون حياتهم ، ومن ثم يجب الحجر عليهم جميعا فى الطلاق حفظا على رابطة الزوجية من العبث وسوء التصرف الذى اصبح من سمة الرجال ، وهذا عبث يجب ان تنزه عنه اعمال العقلاء .

ثالثــا : أن سبب عدم صلاحية الحياة الزوجية للبقاء والاســتمرار قد يكون نفورا طبيعيا ، وعدم توافق فى الأخلاق والضياع ، وهى أمــور نفسية يتعذر اثباتها ، فاذا ما جعل الطلاق بيد القاضى ولجأ اليه الزوج يطلب طلاق زوجته لأنه يبغضها ، وأن حبل الوئام قد انقطع بينه وبينها وقد حاول الاصلاح فلم يستطع ، فما وسيلة الزوج حينئذ لاثبات بغضه ، وهل يطلق القاضى فى هذه الحالة أم لا ، واذا طلق ، فما الفرق بين طلاق القاضى وطلاق الزوج نفسه ، واذا امتنع القاضى عن الطلاق ، فما شكل الحياة التى يتعامل على أساءها الزوجان حينئذ ؟ (٢٢) .

واذا ما كان سبب فساد العلاقة الزوجية هو سوء سلوك الزوجة ، أو وجود عيب خلقى فيها ، من الأمور التى نهت الشريعة عن اظهــارها وأوجبت التستر عليها ، هل يحرج الزوج كرامة نفسه ويطلع القاضى على ما يراه سرادفينا فى قلبه . وهل من المصلحة العائلية نشر ذلك وتدوينه فى سجلات القضاء اصحيح أن الشريعة اجازت لأحد الزوجين أن يبث شكواه الى القاضى فى حالات سوف تاتى ، الا أنها حالات استثنائية ، وليســت هى الأصل العام فى تشريع الطلاق .

ولا يرد هذا المحظور الذى قررناه من قبل فى حصر الطلاق أمام القاضى بالنظرة الخاصة للمرأة المطلقة أمام المجتمع لأن الاسلام أباح للزوج ان

---

(٢٢) الأحوال الشخصية للأسرة الاســلامية — للدكتور زكى الدين شعبان . ص .

— الأحوال الشخصية ، للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة . ص ٣٣٦ . وما بعــدها .

— والأحكام الاساسية للأسرة الاسلامية فى الفقه والقانون . ص ١٥٠ وما بعــدها .

يطلق ، كما اباحته ايضا للزوجة أن اشترطت هى ذلك أثناء عقد الزواج أن تطلقت ، ولهذا فلن يستطيع احد أن يعرف عن سر المطلقة شيئا ، وهل كان طلاقهما بأرادة الزوج وحده ، أم كان ذلك بارادتها هى ، أم أن القاضى هو الذى حكم بالتفريق بينهما (٢٣) .

ومن هذا العرض الموجز لنظام الطلاق وحكمته يتضح لنا أن فرق الزواج فى الآلام على أربعة أنواع :

الأول : الطلاق بالارادة المنفردة ، سواء تم بارادة الزوج وحده ، أم بارادة الزوجة اذا فوض اليها الزوج ذلك ، أو اشرطت هى وقت العقد أن طلاقها موكولا اليها .

الثانى : الطلاق باتفاق الزوجين . وغالبا ما ترد المراة فيه ما اخذته من المهر كله أو بعضه الى الزوج مقابل طلاقها .

الثالث : الطلاق بحكم الشرع والقانون ، كما لو ظهر رضاع بين الزوجين ، أو أرتد أحد الزوجين عن الاسلام .

الرابع : الطلاق بحكم القضاء (٢٤) . وهو ما سيكون موضوع حديثنا الآن .

---

(٢٣) نظام الأسرة وحل مشكلاتها فى الاسلام — للدكتور . عبد الرحمن الصابونى ص ١٦٥ وما بعدها .
— ونظام الأسرة فى الشريعة الاسلامية — للدكتور محمد المحجوب ص ٣٣٠ وما بعدها .
(٢٤) نظام الأسرة فى الشريعة الاسلامية — للدكتور محمد المحجوب ص ٣٣٢ .

المبحث الثانى

التفريق بين الزوجين للعيوب والأمراض

اذا كانت الحياة الزوجية هى قوامها الألفة والمودة بين الزوجين ، فانه لابد من توافر أسباب السعادة بينهما ، واذا كانت هناك أمور تحول دون ذلك كمرض يصيب أحد الزوجين ، أو عيب يهدم حياتهما الجنسية الكاملة ، فلا ينبغى أن يبقى السليم بجانب المريض بشاطرة آلامه وآتعابه ، بل للسليم حينئذ ان يطلب التفريق من القاضى .

واذا كانت النظرة المثالية تقضى بعدم التفريق بين الزوجين حينئذ ، الا أن الاسلام لم يفترض الناس ملائكة يمشون فى الأرض ، بل افترضهم بشرا تسوقهم الغرائز ، وتتنازعهم الاهواء ، يوحى بعضهم الى بعض زخرف القول غرورا ، ولهذا فلم يلزم الاسلام شخصا بالعيش مع شخص آخر ينفر من معاشرته ، ويخشى الفتنة معه من جراء هذا الالزام الذى لا مبرر له غالبا ، بل أباح لمن لا يود الابقاء على الحياة الزوجية حينئذ أن يطلب التفريق من القاضى .

موقف الفقهاء من التفريق بسبب العيب :

يذهب جمهور الفقهاء الى ان لكل من الزوجين الحق فى طلب التفريق لمرض أو عيب يجده فى صاحبه ، مع اختلاف فيما بينهم فى تعداد هذه الأمراض (١) .

كما اجاز ابن القيم طلب التفريق من كل عيب مستحكم سواء أكان بالرجل أم كان بالمرأة ، لأن العقد قد عقد على أساس السلامة ولم توجد ، ولم يقتصر على عدد من العيوب لم يعينا بأسمائها ، بل عرفها بأوصافها من غير عدو احصاء ، وقد قال فى هذا الصدد :

---

(١) سبل السلام شرح بلوغ المرام ، للعلامة الصنعانى (ت ١١٨٢) .
جـ ٣ ص ١٨٢ . طبع مطبعع صبيح .
— وكشاف القنـاع — لمنصورين يونس بن ادريس البهـوتى —
جـ ٥ ص ٨٢ .

وأما الاقتصار على عيبين أو ستة أو سبعة أو ثمانية ، دون ما هو أدنى منها أو ماولها ، فلا وجه له ، فالعمى والخرس والطرش ، وكونها مقطوعة اليدين أو الرجلين أو أحدهما ، أو كون الرجل كذلك . من أعظم المنفرات ، والسكوت عنها من أقبح التدليس والغش ، بل هو مناف للدين ، والاطلاق انما ينصرف الى السلامة فهى كالمشروط عرفا ، وقد قال أمير المؤمنين عمر بن الخطاب لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له : أخبرها أنك عقيم وخيرها ، فماذا يقول رضى الله عنه فى العيوب التى هذا عنده كمال لا نقص ، والقياس أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه ولا يحصل معه مقصود النكاح من الرحمة والمودة يوجب الخيار ، وهو أولى من البيع ، كما أن الشرط المشروط فى النكاح أولى بالوفاء من شروط البيع ، ما الزم الله ورسوله مغرورا قط ، ولا مغبونا بماغر وغبر به (٢) .

والأئوبسة الثلاثة : مالك والشافعى واحمد . قد أجازو التفريق لعيوب الجنون والجذام والبرص (٣) . والعيوب المانعة من التناسل ، سواء اكانت بالرجل أم كانت بالمرأة ، فكل عيب من هذه العيوب بايهما كانت تجيز للآخر طلب التفريق (٤) .

وقد عدد الشافعى وأحمد — رحمها الله — العيوب التى يجوز للمرأة أن تطلب فسخ الزواج بكل واحد منها بخمسة عيوب . وهى : الجب (٥) ،

---

(٢) زاد المعاد فى هدى خير العباد — لابن القيم — ج ٤ ص ٤٣ . مطبعة السنة المحمدية . بتعليق محمد حامد الفقى .

(٣) الجنون : ذهاب العقل .

— والجذام : مرض يتقطع ويتساقط اللحم به .

— والبرص : بياض فى ظاهر الجسم لعلة وهو غير البهاق ، وهو مرض يظهر لون الجلد ، فيظهر فيه بقع بيض .

(٤) تحفة المحتاج بشرح المنهاج — للعلامة ابن مجر الهيثمى (توفى سنة ٩٧٤ هـ) ج ٧ ص ٢٤٦ .

— وكشاف القناع ، لمنصور بن يونس البهوتى . جـ ٥ ص ٨٢ .

— والمغنى والشرح الكبير ، لعبد الله بن احمد بن قدامة . (ت ٦٨١) ج ٧ ص ٥٨٠ .

(٥) الجب : هو استئصال عنصر الذكورة . أما الخصاء : فهو بسلّ الخصيتين ونزعهما ،

— والعنة : هو ارتخاء العضو وعدم القدرة على الاتصال الجنسى ، فتح القدير جـ ٣ ص ٥٨٥ .

والعنة ، والجنون — سواء أطبق أم تقطع ، وسواء أقبل أم لم يقبله ، والخبل ضرب من الجنون — والجذام ، والبرص . فلو وجدت المرأة بزوجها عيبا من هذه العيوم كان لها ان ترفع الأمر الى القضاء طالبع فسخ الزواج [٦] .

أما ان رضيت المرأة بعيب من هذه العيوب ، فان كان العيب هو الجب أو العنة ، فليس لأحد حق فى أن يجبرها على فراقه ، وان كان العيب واحدا من الثلاثة الأخرى كان لوليها العاصب ان يطلب فسخ زواجها اذا كان أحد هذه العيوب مقارنا لعقد الزواج ، فان طرأ بعد العقد لم يكن لوليها أن يطلب فسخ الزواج . ونصوص مذهبهم صريحة فى انه لاخيار للزوجة بعيب سوى هذه العيوب الخمسة المذكورة ، ولا ترق عندهم بين أن يكون العيب موجودا بالرجل قبل العقد او أن يحصل له بعد العقد .

ويشترط عند الشافعى فى الفسخ بسبب العيب شرطان :

الأول : الفور [٧] ، وذلك بأن تطلب الزوجة الى القاضى فسخ الزواج من فور حصول العيب ، أو من فور علمها به ، أو من فور ثبوته .

الثــانى : أن يكون الفسخ على يد القاضى ، فلا يصح أن تستبد هى وحدها — ولا مع الزوج — بالفسخ [٨] .

وذهب مالك — رضى الله عنه — الى مثل ما ذهب اليه الشافعى وأحمد فى تحديد العيوب ، غير انه يرى أن الفرقة تكون طلاقا بائنا لا فسخا ،

---

(٦) المغنى والشرح الكبير ، لابن قدامة — جـ ٧ ص ٥٨٠ ، وما بعدها .

(٧) بخلاف الحنابلة ، فان خيار العيب يثبت عندهم على التراضى ما لم يوجد ما يدل على الرضى من القبول والامتناع من الزوج . المغنى والشرح الكبير ، جـ ٧ ص ٥٨٤ .

(٨) تحفــة المحتــاج بشرح المنهاج — للعلامة ابن حجر الهيثمى (ت ٩٧٤) جـ ٢ ص ٦٧ .

— ونهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، للعلامة شمس الدين الرملى (ت ١٠٠٤) جـ ٥ ص ٢٣٥ .

— والمهذب لأبى سحف الشيرازى (ت ٤٧٦) جـ ٢ ص ٥٠ .

— والمغنى على الشرح الكبير — جـ ٧ ص ٥٨٤ .

وحجة مالك : أن كل ما يكون من الرجل أو بسبب منه يكون طلاقا ، وان التخلص من مضار هذا العيب لا يكون الا بائنا (٩) .

بينما يرى فقهاء المذهب الحنفى انه لاحق للزوج فى طلب فسخ الزواج اذا وجد زوجته معيبة بعيب تناسلى أو غير تناسلى اكتفاءا بما يملكه الزوج من حق الطلاق .

فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف — رحمهما الله — الى ان العيوب التى تجيز التفريق هى تلك العيوب المستحكمة التى تمنع التناسل بين الرجل والمرأة ، وذلك ان يكون الرجل عنينا أو خصيا أو مجبوبا ، وانما اقتصر الشيخان على هذه العيوب دون غيرها ، لأن الغاية من الزواج هى حفظ النسل ، فاذا لم يكن الرجل صالحا لذلك فقد أصبح تنفيذ حكم الزواج مستحيلا ، فلا جدوى من بقائه ، ولأن البقاء مع ذلك ضرر بالمرأة لا تقبل الزوال ، ولا طريق للتخلص منه الا بالتفريق ، فان لم يطلق قام القاضى مقامه فى الطلاق ، والأن الصحابة رضوان الله عليهم قد اجمعوا على جوازه ، ولا اجماع يكون منهم فى أمر الا كان له مستند من الشرع الشريف (١٠) .

وذهب محمد بن الحسن الشيبانى الى أن العيوب الثلاثة التى ذكرها الشيخان تعطى المرأة حق طلب التفريق بينها وبين زوجها ، الا انه زاد عليها جواز التفريق للجذام بالزوج والبرص والجنون ، وعلل ذلك كله بأن كل منها يتعذر على الزوجة أن تصل الى حقها المعنى فى الزواج ، فوجب أن نعطيها الخيار دفعا للضرر ، لأنه لا طريق لها الى الخلاص من الزوج الا بذلك (١١) .

وكان الأساس الذى بنى عليه للشيخان الاقتصار على العيوب التناسلية أن عقد الزواج لا يدخله خيار العيب ، ولكن لما كان العيب التناسلى فى الرجل يخل بالمقصود من عقد الزواج كان العقد غير صالح للبقاء . فيطلق مختارا أو غير مختار ، وغير هذه العيوب يتحقق معها المقصود من الزواج فى الجملة

---

(٩) الفقه على المذاهب الأربعة : للجزيرى جـ ٤ ص ١٨١ .
(١٠) فتح القدير — لابن الهمام الحنفى (ت ٨٦١) جـ ٣ ص ٢٦٨ .
— والفقه على المذاهب الأربعة للجزيرى . جـ ٤ ص ١٨١ .
(١١) فتح القدين — لابن الهمام — جـ ٣ ص ٢٦٨ .

فلا يصح التفريق الا ممن يملكه بالأصالة وهو الزوج ، ويشترط للتفريق فى العنة والجب والخصاء ثلاثة شروط :

الأول : الا تكون عالمة بذلك العيب عند العقد ، فان علمت به عند العقد ورضيت به فليس لها الحق فى طلب التفريق بسببه (١٢) .

الثانى : أن تطلب التفريق من القاضى ، ويثبت لديه تلك الأحوال المانعه .

الثالث : أن يحكم القاضى بالتفريق ، فلا تتم الفرقة الا بحكم القاضى بالطلاق ، وقبلها لا يقع (١٣) .

موقف التشريعات العربية :

وكما اختلف الفقهاء فى التفريق بالعيب هكذا ، اختلفت فيه كذلك تشريعات الدول العربية . فذهبت أكثرها الى اعطاء هذا الحق للزوجة فقط (١٤) ، وقليل منها أعطى هذا الحق لكل من الزوجين على حد سواء (١٥) .

القانون فى مصر :

وكان العمل فى محاكم الأحوال الشخصية فى مصر بمذهب أبى حنيفة وأبى يوسف بالنسبة لعيوب التناسل المذكورة الى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الذى جاء بعيوب أخرى عرفها بأوصافها ولم يعنيها بأسمائها .

---

(١٢) فتح القدير ، شرح الهداية — جـ ٣ ص ٢٦٩ وما بعدها .
— والفقه على المذاهب الأربعة . جـ ٤ ص ١٨٥ وما بعدها .

(١٣) الفقه على المذاهب الأربعة تأليف عبد الرحمن الجزيرى جـ ٤ ص ١٨٥ .

(١٤) من هذه القوانين : القانون السورى — فى الموادة ١٠ — ١٠٧ . والقانون الأردنى والقانون اللبنانى .. موسوعة الأحوال الشخصية . لمعوض عبد التواب . ص ١٠٩٠ .

(١٥) ولقد أعطى القانون المغربى الحق لكل من الزوجين الحق فى طلب التفريق فى الفصل ٥٤ . موسوعة الأحوال الشخصية للاستاذ معوض عبد التواب — ص ١٠٩١ .

فقد نصت المادة التاسعة من القانون المذكور على ما يلى :

للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها اذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكن المقام معه الا بضرر كالجنون والبرص ، سواء أكان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به ، أو حدث بعد العقد ولم ترضى به ، فان تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق .

ونصت المادة العاشرة من نفس القانون على أن الفرقة بالعيب طلاق بائن :

كما نصت المادة الحادية عشرة من هذا القانون على أنه : ستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من اجلها .

الشروط التى اشترطها القانون المذكور :

ويظهر من نصوص هذه المواد أن القانون أجاز للزوجة أن تطلب التفيق بينها وبين زوجها اذا ثبت ان به عيبا يحول دون معاشرته لها ، وقد اشترط القانون فى العيب الذى يثبت لأجله التفريق بين الزوجين وفى جواز طلب الزوجة ثلاثة شروط (١٦) :

الشرط الأول :

ان يكون العيب مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن البرء منه ولكن بعد زمن طويل ، فان كان المرض قريب الزوال فانه لا يجوز أن تطلب التفريق

---

(١٦) الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية لمحيى الدين عبد الحميد ص ٣١٣ وما بعدها .

— والأحوال الشخصية للمسلمين . للشيخ محمد أبو زهرة ص ٤١٥ . وما بعدها .

— ونظام الأسرة فى الشريعة الاسلامية للدكتور محمد المحجوب ص ٢٢٠ وما بعدها .

— ومذكراتنا — الأحوال الشخصية للمسلمين مجموعة محاضرات لطلبة الكلية . ص ٢١٥ وما بعدها .

لهذا المرض ، ومثل العيب الذى تتضرر بالمقام معه كل عيب يماثل العيوب المذكورة فى الضرر .

الشرط الثانى :

الا يمكن المقام معه الا بضرر كالجنون والجذام والبرص ، والضرر هنا عام يشمل ضررها وضرر نسلها ، وظاهر انه يجب ان يكون الضرر شديدا لا يمكن احتماله او يبقى اثرا فى ذريتها ، ويستعان فى تحقيق هذا الشرط وسابقة بمعرفة أهل الخبرة من الأطباء ، لأنهم هم الذين يستطيعون بيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر الناشىء عن الاقامة مع الزوج المريض به مع وجود هذا المرض .

الشرط الثالث :

الا تعلم الزوجة بالعيب عند العقد ، فان كان العيب قائيا وقت العقد وعلمت به ، فليس لها أن تطلب التفريق ، وكذلك اذا حدث العيب بعد العقد ولكنها رضيت صراحة أو دلالة بعد علمها به .

فاذا تحققت الشروط المذكورة كان للزوجة الحق فى أن ترفع الأمر ألى القاضى فان ثبت ذلك عنده فرق بينها وبين زوجها .

قانون الامارات المتحدة :

ومن تلك القوانين التى أعطت التفريق بالعيوب لكل من الزوجين مشروع قانون الامارات المتحدة حيث نصت المادة ١٣٤ منه على ما لى :

لكل من الزوجين أن يطلب التفريق اذا وجد بالآخر عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه ، أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكن المقام معه الا بضرر ، كالجنون والجذاب والبرص ، سواء أكان ذلك العيب قائما قبل العقد ولم يعلم به الطالب ، أم حدث بعد العقد ولم يرضى به .

فان تم الزواج وهو عالم بالعيب ، أو حدث العيب بعد العقد ورضى به صراحة أو دلالة بعد العلم فلا يجوز أن يطلب التفريق (١٧) .

---

(١٧) نظام الأسرة وحل مشكلاتها فى الشريعة الاسلامية . للدكتور عبد الرحمن الصابونى ص ١٥٠ .

— وموسوعة الأحوال الشخصية . للاستاذ معوض عبد التواب ص ٨٧٥ .

المبحث الثـــالث

التفريق بين الزوجين بسبب عدم الانفاق

من المعلوم المقرر أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها ، الا أنه قد تعترى حياة الزوج ظروف قاهرة تحول بينه وبين مقدرته على الانفاق على زوجته ، وكريمة الخلق ، هى من تقف الى جوار زوجها فى ضيق حاله وفقره ، فالفقر فى شريعة الاسلام ليس عيبا ، بل العيب أن يتخلى المرء عن صاحبه فى وقت هو أحوج ما يكون فيه الأخ والرفيق فضلا عن الزوجة وشريكة العمـــر .

الا أن التشريع الاسلامى هو تشريع واقعى . شرع لمعالجة جميع طوائف البشر على تباين أخلاقهم وصفاتهم ، فليس كل زوجة تقبل ان تتحمل ضراء زوجها أو فقره ، وقد عالجت الشريعة الوضع فى الحالين . فكفلت للوفية الأجر والثواب ، وأعطت لمن لا تصبر الحق فى طلب التفريق من القاضى .

موقف الفقهاء من التفريق لعدم الانفاق :

وعلى أساس ما قدمنا ذهب الأئمة الثلاثة — مالك والشافعى وأحمد — الى جواز اعطاء الزوجة الحق فى طلب التفريق لاعسار زوجها أو لامتناعه عن الانفاق مع القدرة عليه (١) .

وقد استدل الأئمة الثلاثة لمذهبهم بالكتاب والسنة :

١ — أما الكتاب فقوله تعالى : ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا (٢) . وقوله سبحانه : « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » (٣) . فقد نهت

---

(١) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج — لشمس الدين الرملى — جـ ٦ ص ٦٦٢ .
— المهذب — لأبى اسحاق الشيرازى (ت ٤٧٦) جـ ٢ ص ١٧٥ .
— ولانصاف فى الراجح من الخلاف لأبى الحسن المرداوى الحنبلى (ت ٨٧٥) جـ ٩ ص ٢٩٠ .
— ومواهب الجليل على خليل — جـ ٤ ص ٢٩٠ .
(٢) سورة البقرة آية : ٢٣١ .
(٣) سورة البقرة آية : ٢٢٩ .

الآية الأولى عن امساك الزوجة على وجه الاضرار بها ، وفى امساكها مع الامتناع عن الانفاق عليها اضرار بها واعتداء عليها ، وعلى القاضى دفع العدوان بالتفريق بينهما عند طلبها ذلك ، كما دلت الآية الثانية على أن الله تعالى أمر الزوج بامساك الزوجة بالمعروف أو مفارقتها بالاحسان ، والامساك بالمعروف لا يتحقق مع الامتناع عن الانفاق عليها . فتعين التسريح باحسان ، فان لم يفعل طلق عليه القاضى وفرق بينه وبين زوجته (٤) .

٢ — وأما استدلالهم بالسنة : فهو قول رسول ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار (٥) » . ووجه الدلالة فى الحديث : أن الامساك مع عدم الانفاق مضارة ، وعلى القاضى أن يزيل الضرر بفك تلك العقدة التى أصبحت ضررا لا مصلحة فيها .

٣ — ثم ان من المقرر أن يفرق القاضى بين الرجل وزوجته عند ثبوت عيب من العيوب التى تمنع القربان والمباشرة ، وهى الجب والخصاء والعنة ، وذلك للضرر الذى يترتب على بقائها مع هذه الحال ، والضرر المترتب على العجز عن الانفاق من باب أولى .

ولكن يرد على هذه الأدلة : بأن الآية والحديث انما تنطبق على الممتنع اذا لم يكن هناك طريق لمنع الظلم الا التفريق ، الا أنه توجد طرق أخرى

---

(٤) الجامع لأحكام القرآن — للامام القرطبى (ت ٧٧٤) ج ٣ ص ١٥٥ .

(٥) رواه أحمد وابن ماجة عن ابن عباس ، وابن ماجة أيضا عن عبادة ابن الصامت ، ورواه الحاكم والدراقطنى عن أبى سعيد وحسنه النووى فى الأربعين والآذوكار ، قال : رواه مالك مرسلا من طرق يتوى بعضها بعضا . وقال الهيثمى : رجاله ثقات . وقال العلائى : له شواهد ينتهى مجموعها الى درجة الصحة أو الحسن المحتج به ، وقال الشيخ أحمد شاكر فى تخريج الحديث ٢٨٦٧ من المسند : اسناده ضعيف ، ومعناه صحيح ثابت باسناد صحيح عند ابن ماجة من حديث عبادة بن الصامت .

والفرق بين الضرر والضرار : أن الضرر ابتداء الفعل ، والضرار الجزاء عليه ، والأول الحاق مفسدة بالغير مطلقا . والثانى الحاقها به على وجه المقابلة — أنظر : جامع العلوم والحكم لابن رجب ، والمبين لفهم الأربعين للقارىء ص ١٨٠ — ١٨٥ وفيض القدير للمناوى ج ٦ : ص ٤٣١ — ٤٣٢ .

يمكن دفع الظلم بها ، وهى الحبس فلا يلجأ القاضى الى الطلاق وعنده طريق سواه فتعين اللجوء اليه . وأما قياس الاعسار على العيب ، فهو أمر غير لازم فلا يصح قياس الاعسار عليه (٦) .

رأى فقهاء المذهب الحنفى :

الا أن فقهاء المذهب الحنفى لا يقولون بجواز التفريق لعدم الانفاق ، سواء أكان السبب هو مجرد للامتناع ، أم كان السبب هو الاعسار والعجز .

وقد استدلوا على ذلك بالأدلة الآتية :

١ — قال تعالى : « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها (٧) » . فقد دلت الآية الكريمة على أن الزوج لا يكلف بالانفاق على زوجته فى حالة فقره ، واذا كان غير مكلف حينئذ فلا يعتبر آثما بالامتناع عن ادائه فلا يصلح أن يكون سببا فى التفريق بينه وبين زوجته ولكن يرد على هذا الدليل ، بأنه لا يلزم عدم جواز التفريق بين الزوج وزوجته اذا طلبت ذلك لاعساره عن الانفاق عليها ، لأن التفريق لدفع الضرر عن الزوجة وتخليصها من سلطانه حتى يمكنها أن تتكسب أو تتزوج رجلا غيره ينفق عليها (٨) .

٢ — وقال سبحانه : « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » (٩) . فقد دلت الآية على أمر صاحب الدين أن ينظر المدين المعسر الى الميسرة والنفقة لا تعدوا أن تكون دينا للزوجة ، فتكون مأمورة هى الأخرى بانتظار الزوج الى الميسرة بهذا النص ، ولا يكون لها الحق فى طلب التفريق بسبب امتناعه عن الفقه . ولكن يرد على ذلك ، بأن المذهب الحنفى لا يجيز طلب التفريق لعدم الانفاق ، سواء كان لعجز الزوج واعساره ، أم كان لامتناع

---

(٦) الأحوال الشخصية للمسلمين — لمحى الدين عبد الحميد ص ٣٠٧ .
(٧) سورة الطلاق آية : ٧ .
(٨) الأحوال الشخصية للمسلمين — للشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٠٩ ، ٤١٠ .
— ونظام الأسرة فى الشريعة الاسلامية — للدكتور محمد المحجوب ص ٣١٦ ، ٣١٧ .
(٩) سورة البقرة آية ٢٨٠ .

الزوج مع القدرة على الانفاق . والآية لا تنطبق الا فى حالة العجز والاعسار فقط . وهذا قصور فى الدليل فلا يفيد (١٠) .

٣ — أن عدم الانفاق على الزوجة ان كان بسبب الفقر والعجز فالزوج معذور ويجب انتظار ميسرته وتفرض عليه النفقة ، وتستدين الزوجة عليه ممن تجب نفقتها عليه لو لم تكن تبرء وجه ليرجع بهذا الدين على الزوج اذا أيسر ، واذا كان عدم الانفاق بسبب التعنت . أجبره القاضى على الانفاق وحبسه حتى يؤدى نفقتها ، وبذلك لا يتعين الطلاق طريقا للعلاج (١١) .

موقف القوانين العربية من التفريق للاعسار :

لقد اخذت معظم التشريعات العربية بالتفريق للاعسار بين الزوج وزوجته ، مع خلاف يسير فيما بينها فى تفريع قواعد هذا التفريق (١٢) .

القانون فى مصر :

وقد اخذ قانون الأحوال الشخصية فى مصر رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ . برأى جمهور الفقهاء ، وبينت مواده والمنشورات التى لحقت به أحكام التطليق لعدم الانفاق : فنصت المادة الرابعة من القانون المذكور على ما يلى :

اذا امتنع الزوج عن الانفاق على زوجته ، فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، فان لم يكن له مال ظاهر ولم يقل انه معسر أو موسر ولكنه أصر على عدم الانفاق طلق عليه القاضى كذلك » (١٣) .

كما نصت المادة الخامسة من هذا القانون على انه :

« اذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة . فان كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة فى ماله ، وان لم يكن له مال ظاهر اعذر اليه القاضى بالظروف

---

(١٠) نظام الأسرة الشريعة الاسلامية للدكتور محمد المحجوب ص ٣١٧ .

(١١) الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية للمرحوم الشيخ / محمد محى الدين عبد الحميد ص ٣١٠ ، ٣١١ .

(١٢) الأحوال الشخصية للمسلمين طبقا لأحداث التعديلات ص ٥ طبع بالهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .

(١٣) الأحوال الشخصية للمسلمين طبقا لأحداث التعديلات ص ٦ .

المعروفة وضرب له اجلا ، فان لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يخصر للانفاق عليها طلقت عليه القاضي بعد مضى مدة الأجل ، فان كان بعد الغيبة لا يسهل الوصول اليه ، أو كان مجهول المحل وثبت انه لامال له تنفق منه الزوجة ، طلق عليه القاضى فى الحال ، وتسرى أحكام هذه المادة على المسجون الذى يعسر بالنفقة » .

كما نصت المادة السادسة من نفس هذا القانون على ان :

« تطليق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعيا ، وللزوج أن يراجع زوجته اذ ثبت يساره واستعد للانفاق فى زمن العدة ، فان لم يثبت يساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة » (١٤) .

ويتضح لنا من المواد سالفة الذكر ، وأيضا من المنشورات الملحقة به أحكام التطليق للاعسار على الوجه التالى :

١ — اذا كان للزوج مال ظاهر يمكن التنفيذ منه بنفقة زوجته وامتنع الزوج عن الانفاق عليها ، فلها أن تطلب من القاضى أن يفرض عليها النفقة فى ماله ويأمره بأدائها اليها ، فان أداها اليها كان بها ، وان لم يؤدها نفذت عليه جبرا ، وليس لها أن تطلب الطلاق منه حينئذ ، لأن غرضها يتحقق لها بالتنفيذ فيما ظهر من ماله (١٥) .

٢ — واذا لم يكن للزوج مال ظاهر ، وادعى انه موسر ، ولكنه أصر على عدم الانفاق ، وطلبت زوجته من القاضى أن يطلقها منه ، وأصرت على ذلك ، طلقها القاضى منه فى الحال (١٦) .

٣ — واذا لم يكن للزوج مال ظاهر ، ولم يدع يسارا ولا اعسارا ،

---

(١٤) الأحوال الشخصية طبقا لأحدث التعديلات ص ٦ .

(١٥) وهذا الحكم يوافق ما ذهب اليه علماء المذاهب الاسلامية قاطبة .

(١٦) وهذا الحكم لا يوافق مذاهب الحنفية أصلا ، ولا يوافق مذهب الشافعية كذلك ، لأن التفريق بسبب الاعسار فى مذهبهم فسخ ، ولأن الراجح من مذهبهم أنه لا فسخ مع يسار الزوج ولو امتنع عن الانفاق .

وأصر مع ذلك على عدم الانفاق ، وطلبت زوجته من القاضى أن يطلقها ، وأصرت على ذلك طلقها القاضى عليه فى الحال (١٧) .

٤ — اذا لم يكن للزوج مال حاضر ، وادعى انه معسر عاجز عن الانفاق على زوجته ، ولم يثبت هذه الدعوى ، وطلبت زوجته من القاضى أن يطلقها منه ، وأصرت على ذلك طلقها القاضى فى الحال (١٨) .

٥ — اذا لم يكن للزوج مال ظاهر ، وادعى انه معسر عاجز عن الانفاق وأثبت ذلك ، فان القاضى يمهله مدة لا تزيد على شهر ، فان انفق فى هذه المدة لم يطلق عليه ، وان لم ينفق عليها فى أثناء هذه المدة طلقها القاضى منه (١٩) .

القانون السورى :

وأحكام الطلاق فى القانون السورى كأحكامه فى القانون المصرى رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ، الا فيما استحدثه من أحكام التعويض عن التعسف فى الطلاق .

فقد جاء فى المادة رقم ١١٠ من القانون السورى ما نصه :

فقرة ١ — « يجوز للزوجة طلب التفريق اذا امتنع الزوج الحاضر عن الانفاق على زوجته ، ولم يكن له مال ظاهر ولم يثبت عجزه عن النفقة » .

فقرة ٢ — « ان ثبت عجزه أو كان غائبا أمهله القاضى مدة مناسبة لا تتجاوز ثلاثة أشهر ، فان لم ينفق فرق القاضى بينهما » .

وجاء فى المادة ١١١ منه ما يلى :

---

(١٧) وهذا الحكم ايضا لا يوافق ما ذهب اليه الحنفية كما هو واضح ، كما أنه لا يوافق ما ذهب اليه الشافعية أيضا ، لأن تفريق القاضي بين الزوجين عندهم فسخ . ولأنه لا فسخ عندهم باعسار من جهل حالة يسارا أو اعسارا .

(١٨) وهذا الحكم مثل الحكم السابق فيما ذكرنا بالنسبة التى علماء المذاهب .

(١٩) هذا الحكم يوافق ما ذهب اليه المالكية ، كما يوافق مذهب الشافعية أيضا الا فى اعتبار التفريق بينهما طلاقا . انظر : الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية لمحيى الدين عبد الحميد ص ٣١١ .

— والأحكام الأساسية فى الشريعة الاسلامية ، للدكتور زكريا البرى ص ١٦٧ ، ١٦٨ .

« تفريق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعيا ، وللزوج أن يراجع زوجته فى العدة ، بشرط أن يثبت يساره ويستعد للانفاق » (٢٠) .

ويلاحظ على هذا القانون انه أجاز للزوج أن يراجع زوجته مادامت فى العدة اذا ثبت يساره وانه مستعد أن ينفق النفقة الواجبة عليه شرعا ، لا النفقة التى فرق القاضى بينه وبين زوجته لعدم الحصول عليها ، لأن نفقة التفريق هى نفقة الكفاف ، أى النفقة الضرورية للحياة ، لا النفقة الزوجية المعتادة .

واذا كانت التشريعات العربية قد أغفلت هذه النقطة الهامة الا أن مشروع قانون الامارات العربية قد أوضحها . وذلك حين نص فى المادة ١٢ منه على ما يلى :

فقرة ١ — « تطليق القاضى لعدم الانفاق يقع رجعيا » .

فقرة ٢ — « وللزوج أن يراجع زوجته فى العدة ، اذا ثبت يساره واستعد للانفاق بدفعه النفقة التى كان التطليق بسبب الامتناع عن أدائها ، والا كانت الرجعة غير صحيحة » (٢١) .

---

(٢٠) الأحكام الاساسية للأسرة الاسلامية — للدكتور زكريا البرى . ص ١٦٧ ، ١٦٨ — وموسوعة الأحوال الشخصية ، للاستاذ معوض عبد التواب . ص ٧٨٥ .

(٢١) نقله الدكتور عبد الرحمن الصابونى فى كتابه : نظام الاسرة وحل مشكلاتها فى الاسلام ، ص ١٥٤ . عن المنشور الشرعى السودانى رقم ١٧ الصادر سنة ١٩١٥ .

المبحث الرابــع

التفريق بين الزوجين للضرر وسوء العشرة

الشقاق بين الزوجين مجلبة لأضرار بالغة لا يقتصر اثرها على الزوجين وحدهما ، بل يتعداهما الى ما خلق الله بينهما من نسل وذرية والى كل من تربطه بهما علاقة قرابة أو مصاهرة ، ولذلك فان من واجب كل واحــد من الزوجين أن يحسن معاشرة الآخر . لتهنأ حياتهما ، وتستتب لهما أسباب العشرة بالمعروف .

واذا ما أساءت المرأة عشرة زوجها فقد أعطته الشريعة حق تأديبها ، وانه وان كانت الشريعة قد أعطته هذا الحق الا ن علماءها مجمعون على انه لا يجوز له أن ضربها ضربا مبرحا ، ولا أن يتحيف حقوقها من قسم ونفقة وحسن معاملة ، فان خالف وجاء كان ظالما ، ولكن هل يجوز لها أن تطلب التطليق من القاضى .

موقف الفقهاء فى التفريق للضرر وسوء العشرة :

راى فقهــاء الحنفية :

يذهب فقهاء الحنفية الى أن المراة التى يجوز عليها زوجها فى القسم ، أو يؤذيها بنحو الضرب الشديد ، لا تملك المطالبة بالتفريق بينها وبينه ، ولكنها تملك أن تطلب الى القاضى نهيه عما تشكو منه وتعزيره ، وأن على القاضى أن ينهاه أول أمره ، ويأمره بالعدول وحسن العشرة ويعظه ، فان عاد عزره بما يراه رادعا له ، ولكنه لا يحبســه اذا كانت الشــكوى من الجــور فى القســم (١) .

---

(١) بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاســانى (ت ٥٨٧) ج ٤ ص ٣٣٤ .

— وفتح القدير ، لابن الهمام الحنفى — ج ٤ ص ٤٥ .

— ورد المحتار على الدر المختار — للعلامة محمد أمين ، الشهير بابن عابدين (ت ١٢٥٢) ج ٢ ص ٦٥٥ .

— والجوهرة ، ج ٣ ص ٣٣ .

راى فقهاء الشـــافعية :

وذهب الشافعية الى أن سوء حال الزوجين ، اما أن يكون راجعا الى نشوذ المراة ، واما أن يكون راجعا الى ايذاء الرجل اياها ، واما أن يكون راجعا الى اساءة كل منهما للآخر .

فان كان مرجعه الى نشوز المراة ، فان للرجل ولاية تأديبها بمراتبها الثلاث ، وان كان راجعا الى اساءة الرجل لها وايذائها بضرب أو غيره من غير سبب منها ، رفعت أمرها الى القاضى ، فاذا ثبت ذلك عنده نهاه ولا يعزره أول مرة ، فان عادت اليه وطلبت تعزيره عزره بما يليق .

أما ان كان مرجعه اساءة كل منهما للآخر ، فان ادعى الزوج أنها لا تطيقه ولا تقوم له بواجباته ، وادعت الزوجة انه يؤذيها . وجب على القاضى أولا أن يتعرف حالهما بخبر ثقة يعرف حالهما بجوار او غيره ، فاذا تبين له ان أحدهما ظالم منعه من ظلمه ولو بتعزيز يليق به ، فان اشتد الشقاق بينهما وجب عليه أن يبعث حكمين ليصلحا شقاق بينهما .

ويجب أن يتوافر فى الحكمين أربعة شروط هى : الاسلام ، والحرية ، والعدالة ، والمعرفة بما يقصد منهما ، ويسن أن يكون الحكمان رجلين ، وأن يكون أحدهما من أهل الزوج ، والثانى من أهل الزوجة ، ليكون لكل من الزوجين واحد يعطف عليه ، ويدافع عنه ، ويرعى مصالحه . وهـــذه حكمة ظاهرة واضـــحة .

وقد اختلفت أقوالهم فيما يملكه الحكمان ، فقال بعضهم : انهما لا يملكان الا الصلح بين الزوجين بما يريانه ، وهذا مبنى على أن الحكمين وكيلان ، اللهم الا أن وكل الزوج حكمه فى الطلاق فيملك الطلاق بالتوكيل لا بالتحكيم ، وان وكلت الزوجة حكمها فى بذل مال ملكه بالتوكيل أيضا .

بينما قال البعض الآخر : أن للحكمين أن يفعلا ما يريانه . من الصلح بينهما ، والتفريق بعوض أو بغير عوض . ومبنى هذا القول على أن الحكمين واليان لا وكيلان . ودليل هذا القول : أن الله تعالى سماهما فى قوله سبحانه : ﴿ وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلهـــا ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ﴾ (٢) .

---

(٢) سورة النساء آية ٣٥ .

وروى أن عليا (٣) بن أبى طالب — رضى الله عنـــه — أراد أن يبعث رجلين فقال : أتريان ما عليكما ، ان رأيتما أن تجمعا جمعتما ، وان رأيتما أن تفرقا فرقتما ، فقال الرجل : أما هذا فلا ، فقال على : كذبت ، لا والله لا تبرح حتى ترضى بكتـــاب الله لك وعليك ، فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله لى وعلى (٤) .

رأى فقهاء المذهب المالكى :

وذهب المالكية الى أن الزوج اذا كان يضار زوجته بالضرب ونحـــوه ، كالاكراه على فعل أمر محرم كان لها أن ترفع أمرها الى القاضى ، وكان لها أن تطلب من القاضى تأديبه وزجره ليكف اذاه عنها ، كما أن لها أن تطلب التطليق ، فان طلبت من القاضى كفه عنها وعظه أول الأمر ، فبين له ما يجب على الزوج من حسن معاشرة زوجته ، وما عسى أن يترتب على سوء العشرة من تفريق الشمل وضياع الولد ان كان ، فان أخذت الموعظة فيها ، وان جاءته ثانية تخبره ان لم ينته ضربه ، فان استمر الاشكال بينهما بعث حكمين .

ويجب على الحكمين أن يسعيا أول الأمر فى اصلاح ذات بينهما وتأليف قلبيهما على المودة وحسن المعاشرة ، فان تعذر عليهما ذلك نظرا فيمن تجىء الاساءة من جهته الى صاحبه ، فان كانت تأتى من قبل الزوج طلقا الزوجة عليه بغير عوض ، وان كانت الاساءة تأتى من قبل الزوجة كان لها أحد أمرين :

الأول : أن يأتمنا الزوج عليها ، بمعنى أنهما يجعلانه أمينا عليها بالعدل وحسن المعاشرة .

والثانى : أن يفرقا بينهما بعوض يأخذانه منها ، ويجوز أن يكون هذا العوض أقل من صداقها الذى أخذته ، كما يجوز أن يكون مساويا لصداقها ، وأن يكون أكثر منه .

---

(٣) تفسير القرآن العظيم — للحافظ ابن كثـــير القرشى (ت ٧٧٤) ج ١ ص
— وتفسير القرآن الحكيم — المعروف بتفسير المنار — للسيد رشيد رضا (ت ١٣٥٤) ج ٢ ص
(٤) نهاية المحتاج الى شرح المنهاج — للرملى — ج ٦ ص ٤٤ .
— وشرح جلال الدين المحلى على المنهاج ، للنووى ، ج ٢ ص ٩٠ .
— حاشية الباجورى على شرح ابن قاسم ، ج ٢ ص ٢١٦ .

وان وجدا أن كلا منهما يشارك الآخر فى الاساءة الى صاحبه ، فان استطاعا أن يعلما أيهما أشد اساءة الى صاحبه ، كان أشدهما اساءة كأنه المسيىء وحده ، وان لم يمكنهما معرفة أيهما أشد اساءة أو عرفا أن اساءة كل واحد منهما الى صاحبه مثل اساءة صاحبه اليه . ففى المذهب رأيان : أولهما : ان على الحكمين أن يطلقا الزوجة بغير عوض ، وثانيهما : أن عليهما أن يطلقاها بعوض ، وعلى هذا الرأى الثانى جره أكثر علمائهم (٥) .

وقد جاء فى تفصيل عمل الحكمين فى المقدمات المهدات لابن رشد انه :

ان تبين أن الضرر من قبل الزوج فرق بينهما بغير غرم تغرمه المرأة ، ويكون نصف صداقها ، وان كان ذلك قبل الدخول ، وجميعه ان كان بعد الدخول ، وان تبين لهما أن الضرر من قبل المرأة اقراها تحته واتمناه على غيبتها ، وأذنا له فى تأديبها كما أمر الله تعالى ، وان تبين لهما أن كل واحد منهما مضر بصاحبه فرقا بينهما بغرم بعض الصداق ، نصفه ان كان اضرار كل واحد منهما لصاحبه متكافئا ، وأكثر ان كان الاضرار منهما أكثر ، وأقل ان كان الاضرار منهما أقل (٦) .

وجاء فى حاشية الخرشى فى شرحه مختصر خليل :

« انه ان كانت الاساءة من الزوج اكثر تكون كاساءته منفردا ، أى يفرق من غير أن تعزم شيئا ، كذلك اذا ثبت أن الاساءة كانت من جانبها أشد تكون كاساءتها منفردة ، أى تغرم الصداق كله » (٧) .

ويشترط فى الحكمين عندهم أربعة شروط . هى : الذكورة ، والعدالة والرشد ، والعلم بما هو بسبيله .

---

(٥) حاشية الدسوقى — للعلامة محمد بن عرفة الدسوقى (ت ١٢٣٠) ج ٢ ص ٥٧٠ .
— وبداية المجتهد ونهاية المقتصد للقاضى الفيلسوف ابن رشد (ت ٥٩٥) ج ٢ ص ٤٥ .
— ومواهب الجليل على خليل — ج ٣ ص ٤٥ .
— والبهجة شرح التحفة — ج ٢ ص ٣٩٧ .
(٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لابن رشد — ج ٢ ص ٤٣ .
(٧) شرح الخرشى — لأبى عبد الله محمد الخرشى (ت ١١٠١) وهو شرح على مختصر على خليل ج ٢ ص ١٤٩ .

فلا يجوز عند هؤلاء تحكيم النساء ، ولا الصبيان ، ولا العبيد ، ولا المجانين ، ولا الكفار ، ولا الفقه ، ولا السفهاء ، ولا من لا علم عندهم بأحكام النشوز والصلح ، ثم ان وجد حكمان من اهل الزوجين ، وأمكن تحكيمهما . لم يجز للقاضى حينئذ أن يبعث اجنبين ، ويندب كون الحكمين من جيران الزوجين ، ولا يشترط رضا الزوجين بما يحكمان به (٨) .

موقف القوانين العربية من التفريق للشقاق والضرر :

وقد نصت معظم قوانين الأحوال الشخصية فى البلاد العربية على مبدأ جواز التفريق بين الزوجين للشقاق والضرر مع خلاف يسير فى اجراءات هذا التفريق وشروطه .

القانـون المصرى :

فانه بعد ان كان العمل بمحاكم مصر الشرعية فى هذه المسألة جاريا على مذهب ابى حنيفة الذى قدمنا ذكره ، رأى المشرع المصرى أن يقتبس أحكامها من مذهب الامام مالك الذى بيناه ، فنص فى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه :

« اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لايستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما ، يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق ، وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة ، اذا ثبت الضرر ، وعجز عن الاصلاح بينهما ، فاذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى بعث القاضى حكمين وقضى » (٩) .

كما نص على انه : يشترط فى الحكمين أن يكونا رجلين عدلين من أهل الزوجين ان أمكن ، والا فمن غيرهما ممن له خبرة بحالهما ، وقدرة على الاصلاح بينهما » (١٠) ويجب على الحكمين ان يتعرفا أسباب الشقاق بين الزوجين ، ويبذلان جهدهما فى الاصلاح ، فان أمكن على طريقة معينة قرراها » (١١) .

---

(٨) شرح الدردير على خليل — ج ٢ ص ٤٠٥ .
— ومواهب الجليل على خليل — ج ٣ ص ٤٠١ .
(٩) المادة (٦) من القانون المذكور .
(٢) المادة (٧) من القانون المذكور .
(١١) المادة (٨) من القانون المذكور .

واذا عجز الحكمان عن الاصلاح ، وكانت الاساءة من الزوج أو منهما او جهل الحـال قرر التفريق بطلقة بائنة (١٢) ، واذا اختلف الحكمان أمرهما القاضي بمعاودة البحث ، فان استمر الخلاف بينهما حكم غيرهما » . ويجب عـلى الحكمين ان يدفعا الى القاضي ما يقررانه ، وعلى القاضي أن يحكم بمقتضاه (١٣) » .

القانون السورى :

كما أجاز القانون السورى أيضا لكل من الزوجين حق طلب التفـريق من الآخر . فذكر ميه أننه :

مادة ١٢ — أ — : اذا ادعى احد الزوجين اضرار الآخر به بما لايستطاع معه دوام العشرة يجوز له أن يطلب من القاضي التفريق .

(ب) اذا ثبت الاضرار ، وعجز القاضي عن الاصلاح فرق بينهما ، ويعتبر هذا التفريق طلقة بائنة .

(جـ) اذا لم يثبت الاضرار ، أو كان المدعى الزوج يؤجل القـاضى المحكمة مدة لا تقل عن شهر اما بالمصالحة ، فان أصر المدعى على الشكوى ولم يتم الصلح عين القاضي حكمين من أهل الزوجين ، والا فمن يرى القاضي أن له قدرة على الاصلاح بينهما » (١٤) .

القانون التـونسى :

ويجيز التشريع التونسى التطليق للضرر ، اذا ثبت للمحكمة الاساءة أو الشقاق ، وللمحكمة أن تقضى بما تراه من تعويض لأحد الزوجين عـلى الآخر ، فى حدود ما بينه ، وحسب مصدر الاساءة (١٥) .

---

(١٢) المادة (٩) من القانون المذكور .

(١٣) المادة (١١) من القانون المذكور .

(١٤) نظام الأسرة وحل مشكلاتها فى ضوء الاسلام . للدكتور الصابونى ص ١٥٦ .

— وأصول المرافعات الشرعية لأنور العجروسى ص ١٠٦٥ .

(١٥) أصول المرافعات الشرعية . للعمروسى . ص ١٠٦ .

فأنت ترى من النصوص السابقة فى القانونين : المصرى والسورى ، وما اخذ به التشريع التونسى ترى أنها لا تخرج فى معناها عن نصوص مذهب المالكية الذى ذكرناه من قبل . الا أنه لم يتشدد الى هذا الحد بوصف الضرر ولعل عذر المشرع فى ذلك هو أنه لا يجوز أن يكون أقل ضرر مسببا للطلاق » .

المبحث الخـامس

التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج

وكذلك قد يغيب الزوج عن زوجته مدة طويلة ، ثم لا هو يحمل زوجته اليه ولا يطلقها ، ومقام زوجته معه على هذا الحال زمنا طويلا مع التزامها جانب العفة والشرف أمر لا تستطيع النفس البشرية — فى الاعم الأغلب — ان تطيق مثله حتى ولو كان بيدها من مال زوجها ما تستطيع الانفـاق منه على نفسها .

فاذا غاب الزوج عن زوجته حينئذ وتضررت هى من جراء غيبتـه ، وخشيت بسبب ذلك الفتنة على نفسها . فهل يجوز لها أن تطلب التفريق من زوجها : ؟

موقف الفقهاء من التفريق لغيبة الزوج :

يرى فقهاء المذهب الحنفى والشافعى : ان الزوجة ليس لها الحق فى طلب التفريق بسبب غيبة الزوج عنها وان طالت غيبته ، وسندهم فى ذلك انه لم يقم دليل شرعى على أن الغيبة بسبب من أسباب التفريق بين الزوجين ، والأصـل بقاء الزواج حتى يقوم الدليل الذى يدل على جواز التفـريق للغيـاب (١) .

---

(١) مغنى المحتاج للشيخ محمد الخطيب الشربينى — ج ٣ ص ٤٤٢ .
— ونهاية المحتاج الى شرح المنهاج — لشمس الدين الرملى — ج٦ ص ٢٦٠ .
— والمهذب لأبى اسحاق الشيرازى ج ٢ ص ١٧٥ .
— وفتح القدير . لابن الهمام الحنفى — ج ٣ ص .

ويرى فقهاء المذهب المالكى والحنابلة :

انه يجوز التفريق بين الزوجين اذا غاب الزوج وتضررت الزوجة بهذه الغيبة ، حتى ولو كان قد ترك لها مالا تنفق منه مدة غيبته .

وحجتهم فى ذلك . ان اقامة المرأة بعيدة عن زوجها مدة طويلة مع محافظتها على العفة والشرف أمر لا تحتمله الطبيعة البشرية ، وهو اضرار بالغ بالزوجة ، والضرر يجب دفعه لقوله ﷺ : « لا ضرر ولا ضرار » : ودفع الضرر انما يكون بالتفريق بين الغائب وزوجته ان أبى أن يحضر اليها أو ينقلها الى البلد الذى تقيم فيه ، ولأن الامساك فى هذه الحالة امساك بغير معروف ، فتعين التسريح باحسان ، فان لم يقم به قام القاضى مقامه فيه (١) » .

ولكن ما هى الغيبة التى يجوز التفريق فيها ومدتها ؟

لقد اختلف القائلون بجواز التفريق بين الزوجين بسبب غيبة الزوج . أهى الغيبة بدون عذر . أم الغيبة مطلقا ولو فاتت بعذر . كما اختلفوا أيضا فى مدة الغيبة الطويلة أسنة هى أم أقل من سنة .

فيرى فقهاء المالكية :

انه يجوز التفريق لغيبة الزوج مطلقا من غير فرق فى الحكم بين الغيبة التى تكون لعذر كطلب العلم والتجارة ، والتى تكون بغير عذر ، لأن الزوجة تتضرر من الغيبة فى الحالتين ، وان حد الغيبة هو سنة فأكثر .

فاذا غاب الزوج عن زوجته سنة ، وطلت الزوجة التفريق بينها وبينه لغيبته عنها هذه المدة ، فان كان الزوج فى مكان معلوم تصل اليه الرسائل ، فلا يحكم القاضى بالتفريق فى الحال ، بل يكتب الى الزوج رسالة يقول فيها :

---

(٢) المغنى — لشيخ الاسلام ابن قدامة المقدس . جـ ٨ ص ١٤٢ .
— ورح الخرشى على خليل جـ ٣ ص ١٤٤ .
— ومنح الجليل جـ ٢ ص ٣١٣ .

اما ان تحضر أو تنقل زوجتك الى المكان الذى تقيم فيه ، واما أن تطلقها ، ويحدد له مدة حسبما يرى . فان لم يحضر ولم ينقلها اليه ولم يطلقها حتى مضت المدة التى حددها له طلقها القاضى عليه .

فان لم يحضر ولم ينقلها اليه ولم يطلقها حتى مضت المادة ، التى حددها له طلقها القاضى عليه ، اما ان كان الزوج فى مكان مجهول ، أو لا تصل اليه الرسائل ، فان القاضى يطلقها فى الحال من غير ان يكتب اليه أو ان يحدد له مدة (٣) .

ويرى فقهاء الحنابلة :

انه لا يجوز التفيق بين الزوجين للغيبة الا اذا كانت بغير عذر ، فان كانت الغيبة بعذر فلا يجوز التفيق بسببها ، ولكنهم جعلوا حد الغيبة الطويلة ستة أشهر فقط .

وقد استند الحنابلة الى فعل الخليفة عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — حيث سأل ابنته حفصة أم المؤمنين رضى الله عنها ، فقال يابنية : كم تصبر المرأة على زوجها ؟ فقال سبحان الله : مثلك يسأل مثلى عن هذا ؟ فقال : لولا أنى أريد النظر الى المسلمين ما سألتك . فقالت : خمسة أشهر أو ستة . فوقت للناس فى مغازيهم بستة أشهر (٤) .

القوانين العربية :

وقد أجازت القوانين العربية التفريق بين الزوجين بسبب غياب الزوج أو سجنه أخذا من المذهب المالكى فى ذلك .

---

(٣) شرح الدردير على خليل ج ٢ ص ٤٠٢ .
— شرح الخرشى على خليل — ج ٣ ص ١٤٥ .
— منح الجليل — ج ٢ ص ٣١٢ .
(٤) المغنى لموفق الدين ابن قدامة — ج ٨ ص ١٤٢ .
— وزاد المعاد — لابن القيم الجوزية ج ٢ ص ٥٥ .
— الشرح الكبير — لشمس الدين بن قدامة — ج ٢ ص ١٦٧ .

القانون فى مصر :

فقد جرى عمل المحاكم الشرعية فى مصر فى هذا الموضوع على مقتضى مذهب المالكية ، وذلك بعد صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . حيث نصت المادة الثانية عشرة من هذا القانون على أنه :

اذا غاب الزوج سنة فأكثر بلا عذر مقبول ، جاز لزوجته ان تطلب الى القاضى تطليقها بائنا ، اذا تضررت من بعده عنها ، ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » (١) .

وبينت المادة الثالثة عشرة طريق السير فى هذه الدعــوى حيث نصت عــلى انه :

اذا أمكن وصول الرسائل الى الغائب ضرب له القاضى أجلا ، واعذر اليه بأنه يطلقها عليه ان لم يحضر للاقامة معها أو ينقلها اليه أو يطلقها ، فاذا انقضى الأجل ، ولم يفعل ، ولم يبد عذرا مقبولا ، فرق القاضى بينهما بتطليقة بائنة ، وان لم يكن وصول الرسائل الى الغائب طلقها القاضى عليه بلا اعذار وضرب أجل » (٦) .

القانون فى سوريا :

كما أجاز القانون السورى أيضا التفريق بين الزوجين لغيبة الزوج ، على مقتضى مذهب المالكية . حيث نصــت المادة ١٠٩ منه على مايلى :

١ — « اذا غاب الزوج بلا عذر مقبول — جاز لزوجته بعد سـنة من الغياب أن تطلب الى القــاضى التفــريق ولو كان له مال تســتطيع الانفاق منه » .

٢ — هذا التفريق طلاق رجعى ، فاذا رجع الغائب ، والمرأة فى العدة حق له مراجعتها (٧) .

---

(٥) الأحوال الشخصية للمسلمين طبقا لأحدث التعديلات — ص ٧ — طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية .

(٦) الأحوال الشخصية طبقا لأحداث التعديلات : ص ٧ .

(٧) أصول المرافعات الشرعية . لأنور العمروسى ص ١٠٧٩ .

— ونظام الأسرة وحل مشكلاتها فى الاســلام . للدكتور عبد الرحمن الصابونى ص ١٥٩ .

ويبدو من مراجعة هذا النص أن فى اعتبار الطلاق طلاقا رجعيا فى هذه الحالة تمشيا مع القانون فى تعريفه للاعسار هو أقــرب لمحاولة استئناف الحياة الزوجية .

المبحث الســادس
التفريق بين الزوجين لحبس الزوج

وقد يحدث أن يقترف الزوج من الجرائم ما يستحق بسببها عقوبة السجن الطويل ، فتقع زوجته فى مثل ما وقعت فيه زوجة الغائب من شقة وحرج يصعب على الطبيعة البشرية أن تتحمله وحتى ان ترك لها الزوج مالا تستطيع الانفاق منه .

موقف الفقهاء من التفريق لحبس الزوج :

واذا رجعنا الى أقوال العلماء وارائهم فاننا لانجد من بينهما ما يــدل صراحة على الحكم فى هذه المسألة .

ومذهب أبى حنيفة — وما كان عمل المحاكم الشرعية فى مصر به وحده — ليس فيه من الأحكام ما تعالج به هذه الحالة ، ومذهب مالك — وهو ما يرأيناه يجيز التطليق لغيبة الزوج وللضر — ليس فيه نص صريح فى جواز تطليق القاضى زوجة المحبوس ان هى قد طلبت منه ذلك .

الا أنه لما كان فى مذهبهم ما يجوز للقاضى تطليق زوجة الغائب وزوجة الأسير اذا تضررت وطالبت بالتطليق منه . وكان الزوج الذى حكم عليه نهائيا بالسجن ثلاث سنين فأكثر يســاوى الغائب الذى طالت غيبته سنة فأكثر فى تضرر زوجته من بعده عنها كما يساوى الأسير فى ذلك (١) .

لما كان ذلك كان لزوجة من حكم عليه بالسجن نهائيا ثلاث سنين فأكثر الحق فى طلب التطليق عليه بعد سنة من سجنه اذا تضررت من بعــده

---

(١) الأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية ، مع الاشارة الى مقابلتها فى الشرائع الأخرى تأليف محمد محى الدين عبد الحمد — ص ٣٢٤ .
— والأحكام الاساسية للأسرة الاسلامية . للدكتور زكريا البرى — ص ١٦٠ .

تزوجة الغائب والأسير ، لأن المناط فى ذلك كله هو تضرر الزوجة من بعد الزوج عنها ، ولا دخل لكون البعد باختياره أو قهرا عنه بدليل النص على ان لزوجة الأسـير حق طلب التطليق اذا تضررت من بعد زوجها عنها (٢) .

مواقف القوانين العربية :

ولقد كان ما ذكرنا آنفا هو ما ارتآه واضعوا القونين فى معظم البلدان العربية فى قياسهم جواز التطليق للسجن مدة ثلاث سنوات على جواز التطليق لغيبة الزوج سنة فأكثر بجامع الضرر فى كل : من حبس الزوج وغيبته مدة طويلة .

القانون فى مصر :

فقد أعطى القانون فى مصر لزوجة المحبوس المحكوم عليه بحكم نهائى بعقوبة مقيدة لحريته مدة ثلاث سنين فأكثر ، الحق فى أن تطلب من القاضى التطليق بائنا بعد مضى سنة من حبسه — وهى مدة التضرر من الغيبة فى تقدير القانون — حتى وان كان للزوج المحبوس مال تستطيع الانفاق منه كما أسلفنا .

حيث نصت المادة الرابعة عشرة من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ م علـى ما يلى :

« لزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب الى القاضى بعد مضى سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه » (٣) .

ويفهم من نص المادة المذكورة . انه اذا حكم على الزوج بثلاث سنين فأكثر ، وكان هذا الحكم نهائيا ، فانه يجوز للزوجة بعد مضى سنة على

---

(٢) الأحوال الشخصية : للامام الشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٢٩ .
— والأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية لمحى الدين عبد احميد ص ٣٢٤ .

(٣) الأحوال الشخصية حسب أحدث التعديلات : الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية . ص ٨ .

حبس زوجها أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها ، وعلى القاضي ان يحكم بتطليقها من زوجها ، وذلك لدفع الضرر الذي وقع عليها لبعد زوجها عنها سنة كاملة ، وهي مدة تستوحش فيها الزوجة وتتضرر ، وللقاضي أن يرفع الضرر عنها (٤) .

ما اشترط القانون لجواز التفريق :

واشترط القانون لجواز التفريق بين الزوجين لحبس الزوج الشروط التــالية :

الشرط الأول :

ان تكون مدة حبس الزوج ثلاث سنين فأكثر ، لأن عودة الزوج خلالها لا تكون قريبة والزوجة تتضرر من جراء ضررا حقيقيا ، فيجوز لها أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها ويجب القاضي طلبها ، فان كانت مدة الحبس هي اقل من ثلاث سنين فلا يجوز للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها لفقدان شرط المدة ، لأنه ما من شك في ان اذا قلت مدة الحبس عن ثلاث سنين فان عودة الزوج خالها عودة قريبة ، لأنه من الممكن أن تصبر المرأة على بعد زوجها عنها حتى يعود ، وعلى هذا اذا طالبت الزوجة بالتفريق بينها وبين زوجها المحبوس سنة فأكثر لا تجاب الى طلبها وترفض دعواها .

الشرط الثــانى :

أن يكون الزوج قد قضى من مدة سجنه سنة فأكثر ابتداء من تاريخ تنفيذه عليه ، لأنها هى المدة التى اعتبرها القانون بالنسبة للغائب ، وعلى هذا اذا صدر الزوج حكم بالحبس مدة ثلاث سنين كان لزوجته بعد مضى سنة من تنفيذ الحكم عليه — أن تطلب من القاضى التفريق بينها وبين زوجها فيجيبها القاضى الى طلبها من غير كتابة الى الزوج أو انتظار كما قد يفعل مع الزوج الغائب (٥) .

---

(٤) نظام الأسرة فى الشريعة الاســلامية — للدكتور : أحمد محمد المحجوب : ص ٣٢٥ .

(٥) الأحوال الشخصية : للمرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ص ٤٣٠ .

لكن ما نوع الطلاق الذى يوقعه القاضى ؟

والطلاق الذى يوقعه القاضى بسبب حبس الزوج يعتبر طلاقها بائنا ، حتى لا يتمكن الزوج من المراجعة اضرار بالزوجة .

ومما تجدر الاشارة اليه هنا ، هو أن الحبس يعتبر من الغيبة ، فيأخذ حكمها الذى تقدم بيانه عند الكلام عن الغيبة بالنظر لموقف الفقهاء فحيل القارىء اليه خشية التكرار .

القانون السورى :

اما القانون السورى . فانه على ما سبقت الاشارة اليه فى المادة رقم ١٠٩ التى نصت على أنه :

١ — اذا غالب الزوج بلا عذر مقبول ، أو حكم عليه بعقوبة السجن أكثر من ثلاث سنوات — جاز لزوجته بعد سنة من الغياب أو السجن أن تطلب الى القاضى التفريق ولو كان له مال تستطيع الانفاق منه .

٢ — هذا التفريق طلاق رجعى ، فاذا رجع الغائب أو طلقى السجين والمرأة فى العدة ، حق له مراجعتها (٦) .

ويلاحظ هنا أن القانون السورى اعتبر التفريق بسبب الغيبة أو السجن طلاقا رجعيا . خلاف غالما ذهب اليه القانون المصرى فى ذلك الشأن .

ونرى من هذا الاستنتاج فى القانون السورى ، أن فى اعتبار الطلاق رجعيا فى هذه الحالة تمشيا مع القانون نفسه فى تفريته للاعسار هو أقرب لمحاولة استئناف الحياة الزوجية .

كما نرى أيضا أن الأمر يكون أفضل لو فرق القاضى بين السجن لسبب سياسى أو دينى ، والسجن لغير ذلك من الأسباب كالجرائم العادية ، لأنه

— والأحوال الشخصية فى الشريعة الاسلامية : لمحى الدين عبد الحميد ص ٣٢٥ .

— ونظام الأسرة فى الشريعة الاسلامية : للدكتور محمد المحجوب ص ٣٣٥ وما بعدها .

(٦) أصول المرافعات الشرعية — للعمروسى : ص ١٠٦٥ .

— وموسوعة الأحوال الشخصية — لمعوض عبد التواب : ص ٧٦٥ .

لا يجوز ان يعامل كلاهما معاملة واحدة بزعم ان الضرر واحد ، ولكن احتمال الافراج عن المسجون بسبب سياسى أو دينى هو اقوى الاحتمالات ، فضلا عن أن الغرض النبيل الذى سجن من أجله يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار .

وبعد ، فهذا بعض ما شرع الله فى الطلاق ، وهذه بعض حكمه وابداعه ، صنع الله الذى أتقن كل شىء ، وان الذين ينتقدون هذا النظام انما ينقصهم الفهم الدقيق والوعى الكامل ، ذلك ان نسبة الطلاق فى أى بلد اسـلامى اقل من أن نذكر اذا ما قورنت بغيرها من الأمم غير الاسلامية ، وان عـلى الذين يهاجمون الشريعة الاسلامية من خلال نظام الطلاق أو يرجع الى المنهج العلمى السليم ، ويبحثوا عن أسباب ودوافع الطلاق ، وهل بلغت درجة تستوعب تلك الضجة المفتعلة التى لا يرجى من ورائها الا ابعـاد التشريع الاسلامى عن التطبيق ، وتشتيت شمل الأسرة المسلمة وتفكيك أواصرها بابعاد اقدس نظام وافضله عنها ، ووضع قوانين أجنبية لا تمت بأية صلة الى عقيدة هذه الأمة والى تاريخ امجادها .

والله أعـلم

د / احمد عبد العزيز عرابى